

**Recomendação n.º 1/B/2019**  
**relativa à Lei n.º 32/2008, de 17 de julho**  
**Perguntas e Respostas**

**1. Por que razão deve ser revista a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho?**

Apesar de se tratar de um acto legislativo nacional, a Lei n.º 32/2008 está diretamente vinculada pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, por se tratar de um acto de aplicação do direito da União<sup>[1]</sup>.

Tal significa que as disposições dessa lei têm obrigatoriamente que se conformar com os direitos fundamentais da Carta, tal como interpretados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Ora, a Lei n.º 32/2008 transpôs para a ordem jurídica nacional a Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, e que altera a Diretiva 2002/58/CE.

Sucedo que essa diretiva foi declarada inválida pelo TJUE no acórdão [\*Digital Rights Ireland Ltd\*](#), datado de 8 de Abril de 2014. No entender do Tribunal da União, a diretiva europeia violava os direitos fundamentais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Os fundamentos da declaração de invalidade viriam mais tarde a ser esclarecidos e completados no acórdão [\*Tele2\*](#), datado de 21 de Dezembro de 2016.

A partir do momento em que a Diretiva 2006/24/CE foi declarada inválida pelo TJUE, em 2014, é como se ela nunca tivesse existido.

Simplesmente, apesar de tal Diretiva ter deixado de existir, o mesmo não se verifica em relação às legislações nacionais dos vários Estados-Membros que a haviam transposto para a sua ordem jurídica.

Ou seja, no que a Portugal diz respeito, a invalidação, em 2014, da Diretiva 2006/24/CE não produziu qualquer efeito sobre a lei nacional de transposição, a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, a qual, por isso mesmo, se mantém em vigor.

**2. Então se, juridicamente, a invalidação da Diretiva europeia não produz qualquer efeito sobre a legislação nacional de cada Estado-Membro, qual é o problema com a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho? Por que razão deve, ainda assim, a mesma ser revista pelo legislador nacional?**

O problema é que, tal como está, a lei portuguesa *viola* a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Com efeito, não obstante a eliminação da Diretiva 2006/24/CE, a Lei n.º 32/2008 continua a ser um *acto de aplicação do direito da União*, e por isso, *diretamente* vinculado pela Carta (v., *supra*, resposta à pergunta 1), tal como interpretada pelo TJUE.

Tal significa que os fundamentos jurídicos que, de acordo com a argumentação desenvolvida pelo TJUE nos acórdãos já referidos, determinaram a invalidação da Diretiva, são também aplicáveis à legislação nacional.

Ora, embora seja claro que a Lei n.º 32/2008 não padece de alguns dos vícios apontados pelo TJUE à Diretiva 2006/24/CE<sup>[21]</sup>, por outro lado, é também inequívoco que a lei nacional se não conforma às exigências decorrentes do Direito da União, tal como interpretadas pelo TJUE, em aspectos fundamentais do regime por ela instituído.

### **3. Que aspectos são esses?**

Em primeiro lugar, no que respeita ao *âmbito da obrigação de conservação de dados* impendente sobre os operadores de telecomunicações, o legislador português acolhe solução que, expressamente, o Tribunal de Justiça censurou: prevê uma conservação generalizada e indiferenciada de todos os dados de tráfego e dos dados de localização de todos os assinantes e utilizadores registados em relação a todos os meios de comunicação electrónica, sem limitar tal obrigação em função dos critérios indicados pelo TJUE nos termos do parágr. 106 e seguintes do Acórdão *Tele2* (v. ponto 20 da Recomendação).

Além dessa desconformidade fundamental, relacionada com o próprio âmbito da obrigação de conservação de dados, a lei nacional é desconforme com as exigências decorrentes da jurisprudência do TJUE em matéria de *segurança e proteção dos dados conservados* (v. ponto 21 da Recomendação e, *infra*, resposta à pergunta 5).

### **4. A circunstância de, no que respeita ao *regime de acesso aos dados conservados*, a lei nacional ir ao encontro das exigências da Carta não é então suficiente?**

O TJUE, que é o órgão jurisdicional com competência para determinar a correta interpretação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nos acórdãos a que já se fez referência, parte de uma premissa básica que é a de que existem dois momentos distintos e autónomos de agressão aos direitos fundamentais.

Num primeiro momento, logo com a imposição legal aos operadores de telecomunicações da obrigação de conservação de dados, o TJUE considera dar-se já uma agressão – e uma agressão que, só por si, já é *grave* – aos direitos fundamentais (ou seja, mesmo que a esses dados nunca nenhuma entidade pública venha, posteriormente, a aceder, já se deu uma agressão grave aos direitos individuais pela mera existência e armazenamento dos dados pelos operadores de telecomunicações).

Por sua vez, num segundo momento, que é incerto, o acesso e utilização por parte das entidades públicas competentes consubstancia um nível diferente de agressão aos direitos fundamentais, que vem, por assim dizer, acrescer à agressão – que só por si já é *grave* – implicada pela mera existência e armazenamento temporário desses dados, agressão essa que, por definição, já se deu a montante e que tem que satisfazer, também ela, exigências decorrentes do princípio da proporcionalidade.

Ora, tratando-se de dois níveis diferentes de agressão aos direitos, não é possível argumentar que o facto de a Lei n.º 32/2008 satisfazer, no que respeita ao *regime de acesso* aos dados conservados, as exigências que decorrem da Carta só por si desonera o legislador nacional de efetuar qualquer alteração ao regime nela inscrito.

Isto porque, no que respeita ao primeiro nível de agressão dos direitos, que se dá com a imposição legal de conservação de dados aos operadores de telecomunicações, e que consubstancia só por si uma agressão *grave* desses

direitos, o TJUE, nos acórdãos já referidos, estabeleceu exigências claras, desde logo quanto ao âmbito da obrigação de conservação de dados, que a Lei n.º 32/2008, pura e simplesmente, não cumpre.

Tal significa que, tal como está, a lei portuguesa não cumpre satisfatoriamente as exigências decorrentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União e, portanto, mantendo-se inalterada, não há dúvida de que ela viola a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Além disso, como já referido (*supra*, resposta à pergunta 3), a lei nacional é ainda desconforme com as exigências decorrentes da jurisprudência do TJUE em matéria de *segurança e proteção dos dados conservados*.

**5. Quer isso dizer que a inviolabilidade dos dados não está garantida, podendo a eles facilmente aceder-se?**

Neste momento, não se sabe. E só a dúvida já é motivo de preocupação. Como a Provedora de Justiça refere na sua Recomendação (Pontos 21 e seguintes), o estado atual de aplicação prática da lei é tal que fundados receios existem de que, no domínio da segurança e proteção de dados, se não estejam a cumprir as exigências decorrentes da Carta.

Tais exigências traduzem-se, essencialmente, (i) no dever de assegurar, ao nível nacional, que os serviços de comunicações electrónicas, adoptem medidas técnicas de organização adequadas para «garantir um nível particularmente elevado de proteção e segurança»; (ii) no dever de identificar, ainda ao nível nacional, a entidade independente capaz de controlar e fiscalizar, neste domínio, a atuação dos operadores das comunicações electrónicas.

Ora, é certo que a Lei n.º 32/2008 (i) especifica as regras que os fornecedores de serviços ou redes públicas de comunicações devem seguir no modo de armazenamento (artigo 7.º, n.ºs 1 a 4); (ii) identifica a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) como sendo a entidade competente para o controlo da aplicação de tais regras (artigo 7.º, n.º 5); (iii) define os comportamentos ilícitos, a elas contrárias, que constituem contraordenações ou mesmo crimes (artigos 12.º e 13.º) e, por último, (iv) confere à mesma CNPD a competência para a instauração dos processos contraordenacionais e para a aplicação das correspondentes coimas (artigo 14.º).

Simplesmente, a partir do momento em que a própria CNPD deliberou, através da Deliberação n.º [1008/2017](#), de 18 de julho, «desaplicar [a Lei n.º 32/2008] nas situações que lhe sejam submetidas para apreciação», é legítimo pensar-se que podem agora os operadores de telecomunicações não dispor de qualquer desincentivo para incumprir as obrigações que sobre eles impedem, as quais – de acordo com o Direito da União Europeia – devem corresponder às exigências de garantia de um «nível particularmente elevado de proteção e segurança».

Se o legislador nada fizer, a inviolabilidade dos dados conservados pelos operadores de telecomunicações não está a ser devidamente garantida.

**6. Se é esse o entendimento da Provedora de Justiça, por que razão não decidiu dirigir um pedido ao Tribunal Constitucional, a requerer a fiscalização da constitucionalidade da Lei n.º 32/2008?**

A Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho teve na sua origem uma proposta legislativa governamental. Faz, por isso, todo o sentido que a discussão da sua alteração na Assembleia da República seja precedida de uma proposta de lei preparada pelo Governo. Por essa razão, a Recomendação é dirigida a Sua Excelência a Ministra da Justiça (e não diretamente à AR).

Como a Provedora de Justiça refere na sua Recomendação (Ponto 29), é de evitar, numa matéria como esta, um vazio jurídico que resultaria, inevitavelmente, da declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade do regime instituído pela Lei n.º 32/2008.

À imagem do que, na sequência da invalidação da Diretiva 2006/24/CE pelo TJUE, em 2014, veio a acontecer nos demais Estados-Membros da União Europeia, deve partir do legislador nacional a iniciativa de rever a legislação em conformidade com as exigências decorrentes da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, tal como foram tais exigências interpretadas pela pertinente jurisprudência do Tribunal de Justiça da União.

---

<sup>[1]</sup> Isto por força do disposto no artigo 51.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: «As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições e órgãos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, *bem como os Estados-Membros, [...] quando apliquem o direito da União*» [itálico nosso]. Ora, a Lei n.º 32/2008 é justamente um acto de um Estado-Membro de *aplicação do direito da União*.

<sup>[2]</sup> Por exemplo, em tudo o que respeita ao *regime de acesso* aos dados conservados, a lei nacional foi cautelosamente trabalhada e já tinha ido mais longe do que a Diretiva, consagrando, assim, um regime que, quanto a esse ponto, acomoda as exigências da jurisprudência do TJUE (v. Ponto 19 da Recomendação da Provedora de Justiça).